



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
SALA DOS DE DECISIÓN LABORAL**

*Radicado 08-001-31-05-013-2018-00438-00 (67467-E)
MARTHA LUZ MONTERROSA PATIÑO contra ALCANTRA ASOCIADOS S.A.S
Acta No. 032*

Magistrada ponente. Dra. MARÍA OLGA HENAO DELGADO

Barranquilla, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

*La Sala Dos de Decisión Laboral del H. Tribunal Superior Barranquilla integrada por los Magistrados Doctores MARÍA OLGA HENAO DELGADO, CESAR RAFAEL MARCUCCI DIAZGRANADOS y FABIAN GIOVANNY GONZALEZ DAZA, procede a dictar sentencia escrita conforme a lo dispuesto en el art 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARTHA LUZ MONTERROSA PATIÑO contra ALCANTRA ASOCIADOS S.A.S radicado **08-001-31-05-013-2018-00438-00 (67467 - E)***

OBJETO

Desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito en el curso de la audiencia celebrada el 18 de noviembre de 2019.

TEMA

Despido injusto – Ley 361 de 1997

ANTECEDENTES RELEVANTES

Solicita la demandante a través de su apoderado judicial, se declare que el despido fue injusto y sin el lleno de los requisitos exigidos por el art. 26 de la Ley 361 del 1997, debido a que la demandada conocía el estado de salud de la trabajadora, por tanto, es un despido ineficaz. que se condene a la demandada a el reintegro, desde el 20 de mayo del 2017, al cargo que desempeñaba dentro de la empresa y pago de las prestaciones dejadas de percibir entre la fecha de despido y la de la reinstalación. Como son: SALARIOS \$23.660.213, Cesantías \$6.506.085, Primas de servicios \$1.161.801. Intereses de cesantías \$1,236.156. el pago de la seguridad social del tiempo que ha estado desvinculada la demandante, las costas y gastos del proceso y se falle ultra y extra pepita.

Fundamenta las anteriores pretensiones en que fue contratada para trabajar en el punto de ventas de la empresa. (Almacenes Bosi) en Barranquilla, que desempeño el oficio de vendedora de mostrador en almacén de propiedad de la empresa ALCANTRA ASOCIADOS S.A.S desde el 25 de enero del 2002, con un salario inicial de \$310.000. quincenales, que el 19 de mayo del 2017, le fue entregada la carta de terminación del contrato laboral sin justa causa, que la relación laboral se mantuvo por 15 años 4 meses 6 días, liquidación de prestaciones sociales del contrato, que prestó sus servicios en forma personal durante el tiempo que duro su relación

laboral con la demandada. A la terminación del contrato la demandante devengaba un salario promedio de \$1.161.801.00, que le fue reconocida una indemnización por terminación del contrato sin justa causa a la demandante, que durante la relación laboral la demandante, se incapacitó en varias oportunidades debido a sus enfermedades, que le fue diagnosticado de acuerdo a las historias clínicas con anterioridad a la desvinculación las siguientes enfermedades son. hipotiroidismo, hipertensión esencial primaria, síndrome del túnel carpiano e insuficiencia venosa crónica, después de retirada la demandante interpuso acción de tutela para lograr su reintegro, el cual fue declarado improcedente por no existir calificación de ninguna entidad de salud, decisión que fue confirmado por el superior, en vista que la E.P.S. no le calificaba su discapacidad, solicitó al fondo de pensiones donde está afiliado COLPENSIONES, que le calificara su discapacidad, después de solicitarle varios estudios le calificó algunas enfermedades el 15 de febrero del 2018, dándole un porcentaje de 8.3%, teniendo como fecha de estructuración la calenda del dictamen, la anterior calificación fue apelada y para desatar la apelación COLPENSIONES la envió a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIONES DE INVALIDEZ DEL ATLANTICO, donde fue calificada el 14 de Septiembre del 2018, con una calificación de 33.84% y en la actualidad se encuentra la demandante en espera de la calificación de la junta nacional de Calificaciones de invalidez por apelación presentada. Durante su relación laboral fue afiliada a SALUDTOTAL EPS., ARL SURA y COLPENSIONES.

La demanda ordinaria laboral le correspondió por reparto al Juzgado Trece Laboral del Circuito de Barranquilla (fol. 84), y en auto del 5 de marzo de 2019 (fol. 95), se admitió la demanda, y siendo notificada la parte demandada del auto admisorio, a través de apoderado judicial, la contestó tal como consta a folios 101 - 106, oponiéndose a las pretensiones, y manifestando frente que no le constan los hechos 13, 15, 16 y 17, frente a los demás indicó que eran ciertos. Propuso las excepciones que denominó carencia del derecho sustantivo y petición de lo no debido. (fol. 101-106).

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA Y FUNDAMENTOS

En sentencia del 18 de noviembre de 2019, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Barranquilla resolvió declarar probada la excepción carencia del derecho sustantivo propuesta por la entidad demandada y, en consecuencia, absolver a la misma de las pretensiones incoadas en su contra, e impuso costas a cargo de la parte demandante.

El Juez a quo fundamentó su decisión en que el demandante no acreditó que existiese una discriminación por parte del empleador al demandante, ya que no se aportaron pruebas fehacientes que acrediten precisamente su condición de protección especial al momento de la finalización del contrato de trabajo, por lo que no se evidencia una discriminación o un trato discriminatorio en virtud de la ley 361 del año 97.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 28 de enero de 2020 (fol. 112) en virtud del art. 82 del C.P.T. y S.S., mod., artículo 13 Ley 1149 de 2007, se admitió el grado jurisdiccional de consulta.

Posteriormente por auto del 11 de junio de 2020, en cumplimiento de lo previsto en el art. 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, se corrió traslado a las partes y dentro el término concedido los apoderados de ambas partes y el litis consorcio necesario vinculado al proceso, presentaron alegatos de conclusión, no existiendo a juicio del tribunal causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia de mérito previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

El objeto de la litis se circunscribe en determinar si la demandante es digna de protección que reclama con base en la Ley 361 de 1997, en caso afirmativo establecer si es procedente su reinstalación en el cargo por su estado de salud, el pago de los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales, indemnizaciones y seguridad social.

HECHOS ACREDITADOS

A través de los elementos de juicio allegados al plenario en forma legal y oportuna a fin de demostrar los hechos que a través de ellos se pretende acreditar, analizados conforme constitución, las normas aplicables y reglas de sana crítica, los artículos 61, y 145 del CPT-SS ,164 y 167 CGP, se tiene por acreditado lo siguiente:

- La relación laboral que ató a las partes en Litis inició el 25 de enero de 2002, tal como consta en contrato de trabajo obrante a folio 9.*
- La terminación de la relación laboral obedeció a la decisión unilateral de la demandada con la consecuencial indemnización el 19 de mayo de 2017 (fol. 11 carta de terminación y liquidación de pago en la suma de \$12.829.091 ver fol. 13-14) en el entendido que el empleador al contestar la demanda solicitó que se tuviese como prueba todas las aportadas por la demandante.*

ARGUMENTOS RELEVANTES PARA RESOLVER

De la interpretación que esta colegiatura efectúa a la demanda, y los elementos de convicción allegados corresponde examinar si la patología presentada por la demandante se constituyó en el fundamento para dar terminado el contrato de trabajo.

Sobre el particular, tiene que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, reza: "ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la limitación <discapacidad><1> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación <discapacidad><1> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada <en situación de discapacidad><1> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad><1>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo. No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad><1>, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo

con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”

El Artículo 7° del Decreto 2463 de 2001 dice: “Grado de severidad de la limitación. En los términos del artículo 5° de la Ley 361 de 1997, las entidades promotoras de salud y administradoras del régimen subsidiado, deberán clasificar el grado de severidad de la limitación, así: Limitación moderada, aquella en la cual la persona tenga entre el 15% y el 25% de pérdida de la capacidad laboral; limitación severa aquella que sea mayor al 25% pero inferior al 50% de pérdida de la capacidad laboral y limitación profunda, cuando la pérdida de la capacidad laboral sea igual o mayor al 50%.”

Sin duda, este texto legal veda la terminación del contrato de trabajo motivada, única y exclusivamente en la limitación física, sensorial o psíquica del trabajador. Es decir, que la limitación de su empleado sea el móvil, único y exclusivo, que guíe la voluntad del empleador para acabar el nexos laboral.

Ahora bien, es claro que dentro del sistema de cargas probatorias determinado por el artículo 167 del Código General del Proceso, en armonía con el artículo 51 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la persona que afirme que fue despedido en acto de discriminación por el empleador, con violación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debe acreditar además del acto de discriminación, su condición de discapacidad física al momento del despido.

Al efecto, es pertinente destacar lo indicado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en reciente sentencia SL598, Radicación n.° 66790 del 25 de febrero de 2020, donde se aborda el tema en controversia, y en especial se fija el alcance de la protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, precisando que para que opere la estabilidad reforzada de personas en situación de discapacidad, no es necesario que el trabajador esté reconocido en dicha condición o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador.

De los elementos de convicción allegados al plenario, encontramos las siguientes pruebas documentales:

- *HISTORIA CLINICA DE LA DEMANDANTE, debe aclarar la Sala que, si el documento carece de firma, como quiera que el empleador al contestar la demanda solicitó que se tuviese como prueba todas las aportadas por la demandante, se analizara. El documento pone de presente la consulta en la EPS Salud total el 5 de marzo de 2017, con motivo de consulta “dolor en la rodilla”, de la cual no se generó ningún tipo de incapacidad, sino tratamiento con medicamentos y remisión a especialistas (fol. 18-21)*
- *FOTOCOPIA DE LA ACCION DE TUTELA presentada por la demandante en contra de su empleador y los respectivos fallos proferidos por el Juzgado Dieciocho Civil Municipal Oral de Barranquilla y el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Barranquilla en los cuales le niegan la tutela de los derechos invocados como vulnerados por la actora (fol. 25-55)*

- *Dictamen DML233 de 23 de febrero de 2018, expedido por COLPENSIONES, por medio del cual se diagnostica como pérdida de capacidad para laborar de la demandante en un 8,3% estructurada el 15 de febrero de 2018 (fol. 59-62)*
- *Dictamen 27188 de 14 de septiembre de 2018, expedido por JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL ATLANTICO, por medio del cual se diagnostica como pérdida de capacidad para laborar de la demandante en un 33,84% estructurada el 15 de septiembre de 2018 (fol. 64-66)*
- *Certificados de afiliación a la ARL SURA. SALUDTOTAL EPS y la relación de semanas cotizadas en pensiones COLPENSIONES (fol.69-77)*

Con base a lo anterior se evidencia que según los documentos aportados por el demandante no se acredita que, al momento de su despido, es decir, el 19 de mayo de 2017, existiera una declaración o certificación médica que la distinguiera como discapacitada, ni tampoco grado alguno de discapacidad.

Se tiene que es solo hasta el 15 de febrero de 2018, cuando COLPENSIONES establece un grado de discapacidad del 8,3% (fol. 60-62) y el 14 de septiembre de 2018, la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico establece que la señora MARTHA LUZ MONTERROSA PATIÑO debido a la enfermedad que padece ha tenido un 33,84% de pérdida de capacidad laboral (fol. 64-66), cabe aclarar que se tiene como fecha de estructuración el 15 de septiembre de 2018, es decir más de un año después de haber terminado la relación laboral entre el demandante y ALCANTRA ASOCIADOS S.A.S.

Entonces si la terminación de la relación de trabajo se hizo efectiva el 19 de mayo de 2017, como se dijo, y la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral fue el 15 de septiembre de 2018, calenda en la cual se estableció el porcentaje de la incapacidad de la actora originada de la enfermedad que padecía, todo ello traduce en que su anterior empleador no pudo tener conocimiento del estado patológico de su ex trabajadora, por lo que no era dable considerarla como un trabajador con discapacidad severa o profunda amparable con la especial protección consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Se destaca, igualmente, que no existe evidencia que la empresa hubiese tenido la intención de despedir al trabajador por su estado de salud, y aunque la empresa tampoco manifestó, según el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, una justa causa para dar por terminado el contrato, lo cierto es que el trabajador recibió por concepto de indemnización la suma de \$12.829.091 (fol. 13-14), liquidado con base a lo dispuesto en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

De la lectura del artículo 26 de la Ley 361 objeto de estudio, no se desprende que solo a quienes estén calificados como discapacitados en el carné al que alude el artículo 5° ibidem se les aplica la protección reforzada

a la estabilidad laboral del trabajador, pues, como quedó atrás dicho, al no contar, el actor, con el carné, esta Sala procede a tomar el dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez rendido 14 de septiembre de 2018, fecha posterior a la terminación del contrato de trabajo, que lo fue el 19 de mayo de 2017, razón por la cual debe ser desestimada la pretensión de la actora, debido a que no se encuentra acreditado que al momento de su despido el empleador tuviese conocimiento el grado o severidad del padecimiento de salud, que diera lugar a un trato discriminatorio al momento del despido por su estado de salud; pues realmente no se acercó al plenario prueba donde se informe que estaba en un proceso o un tratamiento, de hecho ni siquiera si se presentó incapacidad respecto a la patología que padecía (fol. 20).

En conclusión, como quiera que al no haber demostrado la demandante que fue despedida por razón de su estado de salud a un grado tal que le impidiera desempeñar sus funciones, sustento para estar cobijada por la Ley 361 de 1997, en razón discriminación alegada, y por el contrario encontrarse acreditado que el empleador hizo uso de la facultad legal de despedir a la trabajadora, cancelándole la respectiva indemnización por despido injusto, lo cual no logró desvirtuar la actora, la Sala procederá a confirmar la sentencia consultada.

Sin costas en esta instancia por surtir el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

En mérito de lo expuesto la Sala Dos de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

- 1. CONFIRMAR la sentencia consultada proferida el 18 de noviembre de 2019, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Barranquilla.*
- 2. Sin costas en esta instancia.*

Cópiese, Notifíquese, Publíquese y de no interponerse recurso de casación devuélvase en oportunidad al juzgado de origen. Se deja constancia que la sentencia fue estudiada, discutida y aprobada en Sala virtual

*MARIA OLGA HENAO DELGADO
Rad 67467 E*

CESAR RAFAEL MARCUCCI DIAZGRANADOS

FABIAN GIOVANNY GONZALEZ DAZA